

CONGRESO INTERNACIONAL DE ABOGACÍA ESTATAL.

"LA ABOGACÍA ESTATAL Y EL MINISTERIO PÚBLICO: EL DEBIDO PROCESO ADJETIVO COMO PUNTO DE CONFLUENCIA EN EL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO Y EN EL PROCESO JUDICIAL"

Julio Conte-Grand
Procurador General ante la
Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires
República Argentina

1. El derecho de defensa. Exégesis de las garantías y contenidos que implica

El derecho de defensa¹, al que se suele referir como *debido proceso legal adjetivo*, es un derecho inherente a la persona en tanto dimana de su naturaleza social y, en última instancia y por añadidura, a su dignidad.

La garantía del derecho de defensa como toda garantía de rango constitucional procesal (entre ellas, la de amparo de la libertad), exhibe un especial sentido axiológico tuitivo porque contiene una preeminente valoración de un aspecto parcelario de la justicia –la seguridad jurídica–, que es fundamental en un Estado de Derecho. Y además, es un valor fundante de los otros derechos².

El derecho de defensa se encuentra consagrado en la República Argentina en el art. 18 de la Constitución Nacional de 1853-60, disposición en la que se mantiene, complementado desde la reforma constitucional de 1994, por las normas de

¹ Según las diversas tradiciones jurídicas, enfoques y ámbito específico, el derecho de defensa recibirá diferentes nombres, v.gr., derecho de defensa procesal, debido proceso, debido proceso legal adjetivo, debido proceso adjetivo, etc. Para la COIDH, el derecho de defensa procesal más que una garantía del debido proceso, es la garantía del debido proceso por excelencia; v. “Derecho de defensa en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, MONTERO Diana, SALAZAR Alonso, nota a pie n.º 1, p. 126, <https://biblioteca.corteidh.or.cr/documento/67554> [página consultada el 4 de abril de 2022]. Por otra parte, las nociones de derecho de defensa, debido proceso adjetivo, garantías procesales del derecho de defensa, tutela judicial y administrativa efectivas, derecho a un juicio justo, *due process of law*; *droit à un procès équitable*, etc., utilizadas en los diferentes instrumentos y tradiciones jurídicas tienen el carácter de un *continuum* en el que se imbrican en íntima interdependencia, resultando las diversas facetas, muchas veces correlativas, de una misma realidad: el derecho de defensa.

² LINARES, Juan F., “La garantía de defensa ante la Administración”, LL, tomo 142, ps. 1137 y ss., sección doctrina, v. en esp., p. 1143.

derechos humanos contenidas en consecuentes tratados internacionales, ingresadas a nuestro sistema a través del art. 75, inc. 22, CN, que otorga rango constitucional, entre ellas, primordialmente, a los arts. 8 y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH).

2. El derecho de defensa y su aplicación a los procedimientos administrativos

Cabe consignar que si bien el mencionado art. 8 de la CADH refiere las “*garantías judiciales*” al perfilar el derecho de defensa (entre ellas, el derecho a ser oído por una autoridad *imparcial e independiente* para la determinación de sus derechos, el plazo razonable, *la presunción de inocencia*, el derecho al conocimiento detallado de los hechos que se investigan a su respecto, la no autoincriminación etc.), las aludidas garantías resultan plenamente aplicables a los procedimientos administrativos en tanto la CADH contempla un concepto autónomo de “proceso” en el que la distinción entre proceso (judicial) y procedimiento (administrativo) se diluye, ya que en ambos casos son exigibles tales garantías³.

Se trata de instancias cuyo fin es la determinación de derechos. En consecuencia, el aparato estatal debe estar organizado de modo tal de proporcionar remedios efectivos, sin interesar si estos son judiciales o administrativos, a fin de tutelar adecuadamente las prerrogativas individuales, y, en modo eminente, los derechos humanos⁴.

Así lo ha interpretado explícitamente la Corte Interamericana de Derechos Humanos (COIDH) en diversos precedentes (casos “*Baena, Ricardo*”⁵, “*Ivcher Bronstein*”⁶, “*Comunidad Indígena Sawhoyamaxa*”⁷ y “*Claude Reyes*”⁸, entre otros), que han concluido en la aplicabilidad de las garantías del debido proceso legal perfiladas en el art. 8 de la CADH a los procedimientos administrativos⁹.

En tal sentido debe resaltarse que tal como lo ha puntualizado la Corte Suprema de Justicia de la Nación en la República Argentina, la jurisprudencia de la COIDH

³ TREACY, Guillermo F., “Los principios supranacionales de derechos humanos en el procedimiento administrativo”, en Héctor POZZO GOWLAND, HALPERÍN David Andrés, AGUILAR VALDÉZ, Oscar, JUAN LIMA, Fernando y CANOSA, Armando (dirs.), *Procedimiento Administrativo*, T. I, LA LEY, Prov. de Bs. As., 2012, ps. 857 y ss.; v. en especial, p. 873).

⁴ V. COIDH, caso “*Tribunal Constitucional vs. Perú*”, sentencia del 31 de enero de 2001, párr. 71.

⁵ COIDH, caso “*Baena Ricardo y otros*”, sentencia del 2 de febrero 2001, párrs. 124, 125, 127, 130, 134 y 143.

⁶ COIDH, caso “*Ivcher Bronstein*”, sentencia del 6 de febrero de 2001, párrs. 104, 105 y 110.

⁷ COIDH, caso “*Comunidad Indígena Sawhoyamaxa*”, sentencia del 29 de marzo de 2006, párrs. 81 y 82.

⁸ COIDH, caso “*Claude Reyes y otros*”, sentencia del 19 de septiembre de 2006, Serie C, N.º 151, párr. 118.

⁹ V. también Dictamen de la PTN IF 2021-18545425 APN-PTN del 3 de marzo de 2021, acápite V.5.3 [publicado en https://cijur.mpba.gov.ar/files/articles/3239/IF-2021-18545425-APN-PTN_de_fecha_3-3-2021.pdf].

resulta una “*insoslayable pauta de interpretación para los poderes constituidos argentinos*”, no solo para el poder judicial (v. CSJN, Fallos 333:1657, in re “*Videla*”).

La aplicación de las garantías contempladas en el art. 8 de la CADH a los procedimientos administrativos procede en tanto ellas refieren al conjunto de requisitos que deben observarse en las instancias procesales, a efectos de que las personas estén en condiciones de defender adecuadamente sus derechos ante cualquier tipo de acto del Estado que pueda afectarlos¹⁰.

Ello, dado que no solo el poder judicial sino otros órganos estatales, colegiados o unipersonales pueden adoptar decisiones sobre la determinación de los derechos de las personas (v. COIDH en el caso “*Claude Reyes y otros*”, párr. 118).

En sentido concordante, la Corte Suprema de Justicia de la Nación argentina, ya mucho tiempo antes del otorgamiento de cualidades constitucionales a los instrumentos internacionales de derechos humanos producida con la reforma constitucional de 1994, había expresado que la garantía de defensa no es exclusiva de una rama particular del derecho, sino un principio aplicable también tanto a la actividad administrativa sancionadora (v. Fallos 295:726, cons. 3.º), como a todos los procedimientos administrativos en general, aun cuando no se tratara de la imposición de sanciones (v. Fallos 244:548). De tal modo, nuestro Máximo Tribunal ha recorrido un camino similar al de la jurisprudencia de la COIDH y ha efectuado una lectura amplia de la garantía de la defensa en juicio, perfilando la denominada *tutela judicial efectiva*, que, proyectada y extendida a los procedimientos administrativos, ha generado la rica categoría de *tutela administrativa efectiva*¹¹.

Luego de la reforma constitucional de 1994, la doctrina ha enfatizado, sin espacio ya para la duda, que el debido proceso adjetivo encarna un principio que encuentra fundamento constitucional tanto en la garantía de defensa que consagra el artículo 18 de la Constitución Nacional argentina, como en el artículo 8º del Pacto de San José de Costa Rica, directamente aplicable de acuerdo al ya citado artículo 75, inciso 22, del texto fundamental, el cual, al consagrar la tutela judicial efectiva, se proyecta también al procedimiento administrativo¹².

¹⁰ V. TREACY, Guillermo F., ob. cit., p. 868.

¹¹ TREACY, Guillermo F., ob. cit., ps. 860 a 863.

¹² CASSAGNE, Juan C., *Los grandes principios del Derecho Público Constitucional y Administrativo*, La Ley, Buenos Aires, 1.º edición, 2015, p. 440.

En síntesis, en el estado actual de la evolución de la conciencia jurídica, de la jurisprudencia y de la doctrina constitucional y administrativa permeada por la penetración del derecho internacional de los derechos humanos, la expansión de los principios procesales al procedimiento administrativo (y no solo al sancionador), entre ellos, el derecho de defensa, tiende a asegurar la legalidad y eficacia en el accionar administrativo, y al mismo tiempo, preserva los derechos fundamentales, en beneficio del Estado de Derecho. Y no cabe hesitar que, en la República Argentina, la Ley Nacional de Procedimiento Administrativo y su decreto reglamentario, han significado un temprano avance respecto del derecho convencional, en orden a la aproximación del procedimiento administrativo al proceso judicial donde la garantía del derecho de defensa estaba desarrollada con mayor nitidez¹³.

3. La regulación del derecho de defensa [debido proceso adjetivo] en el procedimiento administrativo

Procede precisar que en el derecho administrativo positivo argentino, el derecho de defensa se encuentra regulado ya desde 1972 en la Ley Nacional de Procedimientos Administrativos N.º 19.549 (LNPA), de modo primordial y específico en el art. 1.º, inciso f, referido al *debido proceso adjetivo*. De manera más genérica, resulta albergado en el art. 7, inciso d, del aludido plexo legal que contempla, entre los requisitos esenciales del acto administrativo, a “...los procedimientos esenciales y sustanciales previstos y los que resulten implícitos del ordenamiento jurídico”.¹⁴

Este elemento indicado en el aludido inciso d, que en derecho administrativo se denomina *forma*, resulta, como arriba se indicó, comprensivo del *debido proceso adjetivo* imperado por el art. 1.º inc. f, LNPA¹⁵.

El citado requisito reviste carácter *esencial* (v. art. 7.º, LNPA) y su afectación produce la nulidad absoluta e insanable del acto según expresamente lo dispone el art. 14, inc. b, de la LNPA.

¹³ TREACY, ob. cit., p. 864.

¹⁴ La Procuración del Tesoro de la Nación ha destacado desde antaño que el requisito del debido procedimiento previo comprensivo del debido proceso adjetivo no solo reviste el carácter de una garantía para el particular, sino que también resulta imperativo para preservar la legalidad del accionar administrativo; por otra parte, también desde la doctrina se ha remarcado que el debido procedimiento adjetivo es posterior a otro principio general de garantía aún más valioso, que la ley no destaca como corresponde: el necesario carácter previo del procedimiento legal para la decisión de todo acto administrativo; en efecto, el proceso previo justifica la existencia legal e institucional del acto administrativo. En la Administración del Estado de Derecho, el acto administrativo, de cualquier clase que fuere, debe ser la manifestación objetiva de un previo procedimiento. Ese carácter previo del procedimiento, garantía de razón y justicia, se proyecta esencialmente en todo el hacer administrativo, pues sin procedimiento no hay actividad administrativa (v. Fiorini, Bartolomé A.; *Derecho Administrativo*, T. II, Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1976, ps. 455 a 458, citado en Dictámenes 236:91).

¹⁵ Dictámenes de la Procuración del Tesoro de la Nación (PTN) 236:921; 290:181.

En el plano jurídico federal en la República Argentina, vemos que *la forma* como garantía adjetiva, como derecho de defensa, regulada en los arts. 1, inc. f; 7, inc. d y 14, LNPA, determina e impacta en la sustancia de los restantes derechos permitiendo o no su concreción, su perfección. Ciertamente si se afecta el derecho de defensa o debido proceso legal adjetivo resultarán menoscabados los derechos “*sustantivos*” de la persona, como su dignidad y honorabilidad, por ejemplo, u otros como la vida, la libertad, la propiedad, etc.¹⁶

De consiguiente, es imprescindible el respeto a las formas, a lo adjetivo para la preservación de los derechos fundamentales y de las instituciones.

La Corte Federal argentina así lo ha enfatizado al sostener con especial referencia al derecho de defensa “*que en las formas se realizan las esencias*” (Fallos 315:106 cons. 5.º; 317:1333, cons. 6.º; 323:2848, cons. 6.º; 329:5903; cons. 7.º; 338:552, cons. 5.º, entre muchos otros).

4. La nulidad de lo actuado por la violación del debido proceso legal adjetivo

Consecuencia de la sustancialidad que revisten las formas procesales por su dimensión tuitiva y dikelógica en el marco filosófico y jurídico positivo expuesto, es que tanto la doctrina como la jurisprudencia administrativas *fulminan con la nulidad absoluta e insanable la violación del elemento forma contemplado en el art. 7, inc. d, LNPA, es decir de los procedimientos previos*, que albergan como un componente específico al debido proceso legal adjetivo, perfilado por el art. 1.º, inc. f, LNPA.

Puntualmente, desde la doctrina se ha enfatizado que “... *ante el vicio grave de procedimiento, la consecuencia irremediable es la nulidad absoluta. Nada más es dable exigir al interesado en dicha nulidad; y que ... Obsérvese que cuando el legislador determina que antes de la emisión del acto deberán cumplirse los procedimientos esenciales y sustanciales previstos y que la violación de tales formas esenciales genera la nulidad absoluta, está efectuando una clara opción de política legislativa, según la cual ante la falta o vicio grave en dichos procedimientos la consecuencia necesaria es la nulidad del acto.*”¹⁷

Con respecto a la gravitación del debido proceso adjetivo en el procedimiento

¹⁶ Ello obedece al valor fundante o posibilitador de otros derechos que exhibe esta garantía, tal como observa LINARES (v. ob. cit., p. 1143).

¹⁷ CANDA, Fabián, “El incumplimiento de los procedimientos esenciales previos al dictado del acto administrativo y la teoría de la subsanación”, *El Derecho*, Serie Derecho Administrativo, 2001/2002, ps. 233 a 236).

administrativo, se ha dicho, con referencia a los vicios previos a la emisión de un acto –entre los que se incluyó el no haber dado oportunidad de defensa al interesado–, que *“En todos esos casos, sumar además vicios de forma, procedimiento o preparación de la voluntad, debería no dejar otra conclusión que la nulidad insanable, imposible de ser corregida por más debate judicial que exista”*.¹⁸

De conformidad con las consideraciones doctrinarias expuestas, en la jurisprudencia del Máximo Tribunal federal argentino se han invalidado actos administrativos dictados sin la observancia de los procedimientos previos normativamente establecidos (v. Fallos 339:1077, cons. 14 a 17 y 40; en este caso puntual, precisamente fueron consideradas nulas diversas resoluciones del entonces Ministerio de Energía y Minería de la Nación que habían sido dictadas incumpliendo este requisito legal).¹⁹

En similar sentido, recientemente, la Procuración del Tesoro de la Nación (PTN) en la República Argentina consideró que correspondía declarar la nulidad y revocar en sede administrativa la resolución N.º 2016-1768-E-APN-MDS por la que se había dejado sin efecto la Resolución N.º 3193/15, que había otorgado a la doctora Fernández de Kirchner la asignación mensual vitalicia establecida en el artículo 1.º de la Ley N.º 24.018, como ex Primera Mandataria²⁰ en tanto la aludida resolución N.º 2016-1768 E -APN- MDS no había respetado el debido proceso adjetivo respectivo de la interesada.

En efecto, es doctrina del máximo órgano asesor del Poder Ejecutivo Nacional, que *“la posibilidad de ejercer el legítimo derecho de defensa por parte de quien podría verse afectado por un acto (ser notificado, citado a audiencia, permitir la formulación de su descargo y ofrecer las pruebas que estime convenientes a su derecho), en forma previa a que la autoridad competente resuelva, constituye sin dudas un procedimiento esencial y sustancial, en los términos del artículo 7.º, inciso d), de la LNPA, que ineludiblemente debe respetarse a fin de resguardar el principio constitucional de defensa en juicio (conf. art. 18 de la Constitución Nacional). Y ha remarcado el alto Organismo que “...aun cuando hubiera sido procedente la*

¹⁸ GORDILLO, Agustín, *Tratado de Derecho Administrativo*, Tomo 3, 10ª. Edición, Fundación de Derecho Administrativo, Buenos Aires 2011, Cap. X.

¹⁹ V. asimismo, CSJN, 21 de mayo de 2002, *“Adidas Argentina y otros c/ EN - Mº de Economía - resol. 987/97, 512/98 y 1506/98 s/ amparo ley 16.986”*, Fallos 334:1406.

²⁰ La resolución había sido revocada en tanto en el caso, se había acumulado la asignación mensual vitalicia que le fuera otorgada como ex Presidenta a la que ya percibía con motivo del fallecimiento del doctor Néstor Carlos Kirchner.

aplicación de una sanción, la inobservancia del procedimiento referido, traería aparejada la nulidad de cualquier medida adoptada por violación de las formas esenciales, conforme lo prevé el artículo 14 inciso b) de la citada LNPA.” (v. Dictámenes PTN, 290:181).²¹

Sentada la trascendencia del elemento “*forma*” comprensivo del debido proceso legal adjetivo (derecho de defensa) en los procedimientos administrativos, así como la fatal consecuencia de la nulidad de los actuados en caso de afectación de este, cuadra enfatizar la absoluta inviabilidad de la teoría de la subsanación en la materia.

5. Algunos contenidos posibles del debido proceso legal adjetivo. Su esencial amplitud y casos específicos de violación sindicados por la jurisprudencia internacional de derechos humanos aplicables en el ámbito del procedimiento administrativo

5.1. La mirada amplia como principio

Desde la trascendencia afirmada de las interpretaciones de la COIDH, para los poderes constituidos argentinos cabe entonces asumir como premisa que el debido proceso adjetivo, abarca las condiciones que deben cumplirse para asegurar la adecuada defensa de los derechos u obligaciones a efectos de “*que las personas puedan defenderlos ante cualquier tipo de acto del Estado que pueda afectarlos*”; constituyendo un límite infranqueable a la discrecionalidad del poder público, en cualquier materia²².

Esto significa que por aplicación de las garantías judiciales o procesales consagradas en el artículo 8 de la CADH, se deben observar todas las formalidades que “*serv[a]n para proteger, asegurar o hacer valer la titularidad o el ejercicio de un derecho*”²³.

El debido proceso adjetivo en términos generales y a la luz del bloque federal constitucional y convencional aplicable *supra* descrito (v. en especial, art. 8, CADH), supone entonces, entre otros contenidos posibles, el acceso a un órgano

²¹ V. también dictamen de la PTN, IF -2021-18545425-APN-PTN recaído en el Expte. N.º 2021-10441870, el 3 de marzo de 2021.

²² Ver caso “*Genie Lacayo*”. párr. 74; caso “*Las Palmeras*”, párr. 58; caso “*Durand y Ugarte*”. párr. 128; caso “*Blake*”, párr. 96; OC-9/87 “*Garantías Judiciales en Estados de Emergencia*”, párr. 28; caso “*Baena Ricardo*”, párr. 124, jurisprudencia de la COIDH citada en Revista judicial N.º 110, 2013, p. 102, “*Derecho de defensa en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*”, MONTERO, Diana, SALAZAR, Alonso, nota a pie n.º 1, <https://biblioteca.corteidh.or.cr/documento/67554> [página consultada el 4 de abril de 2022].

²³ Corte IDH, caso “*Lori Berenson Mejía vs. Perú*”. Demanda de Interpretación de la Sentencia de Fondo y Reparaciones y Costas. Sentencia del 23 de junio de 2005. Serie C N.º 128, párr. 132; caso “*Maritza Urrutia*”, párr. 118 y caso “*Myrna Mack Chang*”, párr. 202, mencionados por MONTERO- SALAZAR, en ob. cit.

estatal imparcial e independiente, solo vinculado por la sujeción irrestricta al orden jurídico, el respeto de la presunción de inocencia por parte de las autoridades, la posibilidad de que la persona conozca antes de formular declaraciones, de modo fehaciente y detallado qué posibles hechos se le reprochan o se persigue investigar que pueden incidir en su esfera jurídico patrimonial a través de la determinación de sus derechos, la posibilidad de exponer sus razones antes de la resolución del procedimiento, el descargo y la prueba, la publicidad, la transparencia, la vista y el acceso irrestricto a las actuaciones, la motivación de los actos y el cumplimiento de los procedimientos especiales requeridos por la ley para determinados actos y decisiones; por cierto, el cumplimiento de las normas aplicables, entre ellas, las atributivas de competencia, la garantía contra la autoincriminación, etc.

En tal sentido, cabe tener presente que, en cualquier hipótesis, no resultan admisibles interpretaciones que proponen restringir o limitar indebidamente el alcance del debido proceso²⁴.

Procede también acotar que esta mirada amplia que exhibe la normativa y jurisprudencia de la COIDH como la doctrina y jurisprudencia vernácula se replica en el marco del derecho convencional europeo de los derechos humanos en cuyo ámbito se ha destacado respecto del derecho de defensa reconocido como derecho fundamental por el art. 48 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea y por el art. 6.3. del Convenio Europeo de Derechos Humanos, que se integra por diversas garantías derivadas del principio general de equidad mencionadas en el aludido art. 6.3.

En efecto, desde la jurisprudencia de la CEDH se reciben interesantes aportes en el sentido de que las apuntadas garantías no son limitativas sino que deben ser interpretadas en sentido amplio.²⁵

5.2. Algunos casos paradigmáticos de afectación del derecho de defensa

En el amplio marco de predicación y virtualidad de los derechos fundamentales, la jurisprudencia internacional de los derechos humanos ha considerado como supuestos de violación del derecho de defensa, entre otras, a las siguientes hipótesis fácticas:

²⁴ GORDILLO, Agustín, *Procedimiento Administrativo*, 1.º Edición, Depalma, Buenos Aires, 2003, p. 43.

²⁵ V. MANGAS MARTÍN, Araceli, Dir.; GONZÁLEZ ALONSO, Luis Norberto, Coord.; *Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea. Comentario artículo por artículo*, Comentario al art. 48 por LÓPEZ ESCUDERO, Manuel, ps. 760 a 776, Fundación BBVA, España, 2008.

5.2.1. La violación del derecho de defensa por la actuación de un órgano incompetente

Puntualmente, la COIDH ha considerado que la garantía del debido proceso que reposa sobre la presunción de inocencia resulta afectada cuando se da el supuesto de incompetencia material del órgano que determina derechos²⁶.

Procede recordar que la incompetencia en razón de la materia se configura cuando un órgano invade la esfera de actuación de otro poder o de otra jurisdicción. La incompetencia en razón de la materia configura una nulidad absoluta por afectar el orden público administrativo²⁷.

En el mismo sentido se ha puntualizado que el vicio en la competencia es denominado comúnmente como “*exceso de poder*” puesto que implica que el órgano administrativo ha incurrido al emitir el acto en un exceso de las facultades y atribuciones que constituyen su aptitud legal de obrar, defecto que genera la nulidad absoluta del acto²⁸.

Cabe acotar que la competencia por razón de la materia, por revestir el carácter de orden público y dar lugar a una nulidad absoluta, no resulta convalidable por el consentimiento de las partes.

5.2.2. Violación del derecho de defensa por la falta de imparcialidad del órgano

La garantía del debido proceso legal alberga entre sus componentes esenciales a la imparcialidad del órgano que determina los derechos (v. art. 8.1., CADH). Se encuentra replicada en el art. 6.1. del Convenio Europeo de Derechos Humanos.

Por cierto, de acuerdo con la jurisprudencia y con la doctrina, el deber de imparcialidad no solo supone un comportamiento *efectivo* acorde, solo sujeto a la ley, sino que también exige que se note públicamente que el órgano que determina derechos es imparcial, es decir, ser y parecer²⁹.

²⁶ V. COIDH, caso “*Loayza Tamayo*”, sentencia del 17 de septiembre de 1997, párr. 63; también caso “*Castillo Petruzzi y otros vs. Perú*”, sentencia del 30 de mayo de 1999, párr. 130.

²⁷ CASSAGNE, Juan C., *El acto administrativo. Teoría y Régimen Jurídico*, Editorial La Ley, Buenos Aires, 2012, ps. 321 a 322.

²⁸ COMADIRA, Julio Rodolfo - Monti, Laura (colab.), *Procedimientos Administrativos, Ley Nacional de Procedimientos Administrativos, anotada y comentada*, Tomo I, Editorial La Ley, Buenos Aires, 2003, p. 299.

²⁹ KÖHN GALLARDO, Marcos Antonio, “Principios y garantías constitucionales en el proceso pena. Una visión desde el Estado social de Derecho y la dignidad humana”, disponible en <https://www.pj.gov.py/ebook/monografias/nacional/constitucional/Marcos-A-Kohn-G-Principios-y-Garantias.pdf> [página consultada el 4 de abril de 2022].

La COIDH ha establecido que la imparcialidad exige una aproximación a los hechos de la causa carente de manera subjetiva de todo prejuicio y ofreciendo garantías suficientes de índole objetiva que permitan desterrar toda duda que el justiciable o la comunidad puedan albergar respecto de la ausencia de imparcialidad³⁰.

Y ha considerado que las garantías contempladas en el artículo 8.1 del Pacto de San José de Costa Rica *"son aplicables en los supuestos en que una autoridad no judicial adopte decisiones que afecten la determinación de los derechos de las personas, tomando en cuenta que no le son exigibles aquellas propias de un órgano jurisdiccional, pero sí debe cumplir con aquellas destinadas a asegurar que la decisión no sea arbitraria. Entre dichas garantías se encuentra la de imparcialidad, que exige que el funcionario competente para intervenir en una contienda particular, con capacidad de decisión, se aproxime a los hechos de la causa careciendo, de manera subjetiva, de todo prejuicio, y ofreciendo garantías suficientes de índole objetiva que permitan desterrar toda duda que el justiciable o la comunidad puedan albergar respecto de la ausencia de imparcialidad"*³¹.

En igual sentido, la CEDH se ha pronunciado sobre la necesaria imparcialidad que el debido proceso debe garantizar y en ese marco ha distinguido un enfoque o ángulo subjetivo y objetivo. Así lo ha hecho singularmente en la sentencia emitida en el caso *"Lavents c. Letonia"*³²; en cuyo párrafo 118 ha expresado que desde el ángulo subjetivo, correspondía recordar que *"la discreción que se impone a las autoridades judiciales cuando son llamadas a juzgar, debe llevarlas a no utilizar la prensa, ni siquiera para responder a las provocaciones; así lo quieren los imperativos superiores de la justicia y la grandeza de la función judicial. En particular el hecho de que el presidente o un miembro de un tribunal que debe resolver un asunto, emplearan públicamente las expresiones que daban a entender una apreciación negativa de la causa con respecto a una de las partes es incompatible con las exigencias de imparcialidad de todo tribunal consagradas en el art. 6.1 de la Convención (v. Buscemi c. Italie, n.º 29569/95, párr. 67-68, CEDH 1999-VI)."*

Nótese que la garantía de imparcialidad que impera en el debido proceso adjetivo no fulmina solamente una toma de posición respecto de una de las partes, sino cualquier valoración negativa adelantada públicamente a los medios respecto de la

³⁰ COIDH, caso *"Barreto Leiva vs. Venezuela"*, sentencia del 17 de noviembre de 2009, Serie C, N.º 206, párr. 98; v. también, caso *"Castillo Petruzzi y otros vs. Perú"*, sentencia del 30 de mayo de 1999, párr. 130.

³¹ COIDH, caso *"Flor Freire Vs. Ecuador. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas"*, sentencia del 31 de agosto de 2016, serie C, N.º 315, párr. 165.

³² CEDH, 28-11-02, devenida en definitiva el 28-2-03.

parte investigada. Así en el párrafo 119 de la sentencia en comento, la CEDH expresa:

“En el presente caso, el Tribunal observa que, en sus declaraciones publicadas los días 4 y 5 de noviembre de 1999 en [los periódicos] ‘Laukuavīze’ y ‘Respublika’ (véase el apartado 30 supra), la Sra. Steinerte [Presidente del Tribunal] criticó la actitud de la defensa en el juicio. También hizo predicciones sobre el resultado del caso. De hecho, al sostener que aún no sabía “si la sentencia resultaría en una condena o en una absolución parcial”, descartó la posibilidad de una absolución total. Además, en sus declaraciones publicadas el 7 de diciembre de 1999 en ‘Kommersant Baltic’ (véase el apartado 31 supra), expresó su asombro por el hecho de que el demandante persistiera en declararse inocente de todos los cargos y sugirió que debía demostrar su inocencia. En opinión del Tribunal, tales declaraciones no solo constituyen una mera valoración negativa del caso del demandante, sino una auténtica toma de posición sobre el resultado del caso, con una clara preferencia por una declaración de culpabilidad por parte del acusado. El Tribunal considera que, al margen de las razones que llevaron a la Sra. Steinerte a expresarse de este modo, sus declaraciones no pueden considerarse en modo alguno compatibles con las exigencias del artículo 6 § 1 del Convenio. Por lo tanto, el demandante tenía razones de peso para temer que el juez no fuera imparcial (véase, mutatis mutandis, la sentencia Ferrantelli y Santangelo contra Italia de 7 de agosto de 1996, Reports 1996-III, p. 952, §§ 59-60)”.

5.2.3. Violación del derecho de defensa por la afectación de la presunción de inocencia

La presunción de inocencia integra el elenco de garantías que todos los plexos del derecho internacional de derechos humanos consagran al regular las garantías o contenidos del derecho de defensa (v. art. 11, ap. 1, *Declaración Universal de Derechos Humanos*; art. 14, párr. 2º, *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos* de 1966; art. 8.2., CADH, entre otros).

En el ámbito específico regional europeo, el Convenio Europeo de Derechos Humanos regula la presunción de inocencia en el art. 6.2. y los derechos de defensa en el art 6.3.

El art. 48 de la Carta de Derechos Fundamentales de la UE se inspira directamente en estos dos preceptos; en efecto, el art 48.1. de la Carta en cita consagra la

presunción de inocencia a cuyo tenor “*todo acusado se presume inocente mientras su culpabilidad no haya sido declarada legalmente*”. Su literalidad es coincidente con el art. 6.2. del CEDH según el cual “*toda persona acusada de una infracción se presume inocente hasta que su culpabilidad haya sido legalmente declarada*”. Similar contenido se encuentra en el referido art. 8.2., CADH.

La COIDH ha afirmado el deber de custodia que exhiben los funcionarios y autoridades estatales con respecto a la presunción de inocencia de las personas³³ y ha considerado que el derecho a la presunción de inocencia exige que el Estado a través de sus diversos órganos no condene informalmente a una persona o emita un juicio ante la sociedad, contribuyendo así a formar una opinión pública negativa, mientras no se acredite conforme a la ley, la responsabilidad penal de aquella³⁴.

Este criterio resulta sumamente importante en la sociedad moderna, en la cual, los juicios mediáticos se encuentran a la orden del día, por lo que se debe velar que las personas vinculadas con hechos investigados no resulten estigmatizadas o exhibidas como culpables, sin que se haya llegado a la necesaria demostración de su responsabilidad en los hechos. De ahí que el tratamiento de la inocencia debe impregnar todas las etapas del procedimiento³⁵.

En similar sentido, la CEDH ha remarcado que si bien la presunción de inocencia debe ser respetada, no cabe duda, de modo primordial, por los jueces, de manera tal que un magistrado que hace una declaración a la prensa admitiendo la culpabilidad de un acusado viola el art. 6.2. del CEDH (v. sentencia de la CEDH in “*Lavents c. Letonia*”, arriba mencionada), esta garantía procesal contenida como se indicó *supra* en el art. 8.2. CADH también debe ser cumplida y respetada por las restantes autoridades estatales que, en puridad, la deben custodiar.

Así, ha señalado la CEDH, en una ejemplar y conocida sentencia vertida *in re* “*Allenet de Ribemont c. Francia*”, que el referido art.6.2 del CEDH vincula también a las autoridades públicas, a las que cabe reputar obligadas en toda hipótesis a

³³ V. en tal sentido, COIDH, caso “*Apitz Barbera vs. Venezuela*”, sentencia del 5 de mayo de 2008, Serie C, N.º 182, párr. 131 donde expresó: “*Además, deben tener en cuenta que en tanto funcionarios públicos tienen una posición de garante de los derechos fundamentales de las personas y, por tanto, sus declaraciones no pueden llegar a desconocer dichos derechos*”; v. también COIDH, caso “*Loayza Tamayo vs. Perú*”, *supra* citado, párr. 46; caso “*Cantoral Benavides vs. Perú*”, sentencia del 18 de agosto de 2000, párrs. 119 y 120.

³⁴ COIDH, caso “*Cantoral Benavides*”, párr. 120. V. también COIDH, caso “*Lori Berenson Mejía vs. Perú*”, sentencia del 25 de noviembre de 2004, párrs. 160 y 161.

³⁵ V. KÖHN GALLARDO, Marcos Antonio, ob. cit.; v. también COIDH, caso “*López Mendoza vs. Venezuela*”, sentencia del 1 de septiembre de 2011, párr.128.

proteger la presunción de inocencia de toda persona hasta que no se haya demostrado su culpabilidad³⁶.

Es que, en efecto, tal como se viene sosteniendo *supra*, la presunción de inocencia no es en modo alguno una garantía procesal limitada solo al proceso penal o al ámbito judicial; es un *derecho fundamental derivado de la dignidad de la persona*³⁷. La CEDH ha interpretado en forma amplia el campo de su aplicación y lo ha extendido a todos los procedimientos administrativos, entre ellos, a los procedimientos fiscales. También el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) así lo ha hecho.

5.2.4. La afectación del derecho de defensa por violación de la garantía de la independencia

La COIDH en el mencionado caso “*Apitz Barbera vs. Venezuela*”, se refiere también en el párrafo 131, a la necesidad de que los funcionarios públicos preserven la independencia³⁸ de las autoridades que pueden llegar a determinar derechos observando que el derecho a la libertad de expresión exige de estos prudencia y mesura con el objeto de no ejercer presiones indirectas o incluso, de intentar influir en la opinión pública; en tal sentido ha manifestado que las diversas autoridades; en razón de su condición de garante de los derechos humanos, en sus declaraciones deben ser respetuosos de esos derechos. En tal orden de ideas, ha señalado:

“... los funcionarios públicos, en especial las más altas autoridades de Gobierno, deben ser particularmente cuidadosos en orden a que sus declaraciones públicas no constituyan una forma de injerencia o presión lesiva de la independencia judicial o puedan inducir o sugerir acciones por parte de otras autoridades que vulneren la independencia o afecten la libertad del juzgador”.

Si bien en estos casos de afectación, el instituto de la recusación puede resultar un importante paliativo³⁹, lo cierto es que el daño que causan los funcionarios

³⁶ CEDH, sentencia del 10 febrero de 1995, *in re “Allenet de Ribemont c. Francia”*, demanda N.º 15.175-89 1, v. en esp., cons. 33 a 41.

³⁷ V. en igual sentido LÓPEZ ESCUDERO, Manuel, en *Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea*, Comentario al Título VI, Justicia, art. 48, ps. 762 a 763. Expresa este autor: “El principio de presunción de inocencia, tal y como se ha lo recogido en el art. 6.2 del CEDH, forma parte de los derechos fundamentales que, según la jurisprudencia del Tribunal de Justicia—confirmada, por otra parte, por el Preámbulo del Acta Única Europea y por el art. 6.2 TUE, así como por el art. 48 de la Carta— están reconocidos por el ordenamiento jurídico comunitario.” Desde la mirada vernácula, la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha reconocido rango constitucional a la presunción de inocencia (Fallos 300:1102); por su parte, la Procuración del Tesoro de la Nación ha expresado que la garantía en cuestión no se limita al campo del derecho penal sino que se proyecta sobre todo el ordenamiento jurídico.

³⁸ V. en igual sentido, COIDH, “*Castillo Petruzzi y otros vs. Perú*”, sentencia del 30 de mayo de 1999, párr. 130.

adelantando criterios sobre la responsabilidad de los hechos investigados en cuanto al buen nombre y honor de la persona y por la mortificación moral que tales agravios suscitan, queda vulnerado sin remedio.

5.2.5. La afectación del derecho de defensa por la falta de respeto de la garantía contra la no autoincriminación

Según los arts. 8.2, inc. g, y 8.3 CADH, que consagran, respectivamente, el derecho a no ser obligado a declarar contra sí mismo y que la confesión del inculpado solamente es válida si es hecha sin coacción de ninguna naturaleza, ni violación alguna de las reglas del debido proceso, es fundamental informar con carácter previo en qué calidad se toma la declaración en el marco de la investigación de los hechos; desde tal perspectiva, se viola el derecho de defensa si no se proporciona en la convocatoria a declarar, comunicación previa y detallada de los hechos investigados que se pretende enrostrar ni se indica en qué condición la persona es citada⁴⁰; cabe consignar que según lo ha destacado la COIDH, el cumplimiento de este recaudo debe acontecer antes de la primera declaración ante cualquier autoridad pública⁴¹.

En el contexto del derecho internacional de los derechos humanos europeo, si bien esta garantía no está expresamente prevista en el art. 6.3 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, la CEDH en su jurisprudencia la ha considerado albergada por dicho artículo al expresar que el derecho a no inculparse a sí mismo y mantener silencio, supone una exigencia elemental del derecho a un juicio justo⁴². Este derecho implica que no puede fundarse una acusación contra una persona o un reconocimiento de hechos en su silencio y que tampoco son válidas las pruebas obtenidas bajo amenaza o presión o por violación de cualquiera de las garantías que integran el debido proceso. En cambio, en el ámbito interamericano, la garantía en cita, como hemos visto, se encuentra expresamente receptada por los arts. 8.2, inc. g, y 8.3 CADH. Lógico corolario de esta garantía, es por cierto, la exclusión de toda prueba obtenida por violación a las reglas del debido proceso, que consagra *la teoría*

³⁹ V. COIDH, caso “*Castillo Petruzzi y otros vs. Perú*”, sentencia del 30 de mayo de 1999, párr. 133.

⁴⁰ COIDH, caso “*López Alvarez vs. Honduras*”, sentencia del 1 de febrero de 2006, párr. 149; caso “*Palamara Iribarne vs. Chile*”, sentencia del 22 de noviembre de 2005, párr. 225; caso “*Tibi vs. Ecuador*”. Excepciones, sentencia del 7 de septiembre del 2004, párr. 187; caso “*Acosta Calderón vs. Ecuador*”, sentencia del 24 de junio de 2005, párr. 118.

⁴¹ COIDH, caso “*Barreto Leiva vs. Venezuela*”, sentencia del 17 de noviembre de 2009, párrs. 29 y 30; v. también v. MONTERO Diana, SALAZAR Alonso “Derecho de defensa en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, p. 114, supra citado.

⁴² CEDH, “*Funke c. Francia*”, sentencia del 25 de febrero de 1993, Serie A, núm. 256-A, apartado 44.

del fruto del árbol envenenado, consolidada por la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación y por la doctrina vernácula⁴³.

El contenido del derecho a la no autoincriminación se despliega en nuestra opinión sobre otras garantías específicas que también lo integran: a) aviso antes de la declaración de que la persona puede negarse a declarar, informando que la negativa no hará presunción en su contra; b) dejar de declarar en cualquier momento, c) ser anoticiado antes de declarar de que puede contar en todo momento con asistencia letrada (aun si el deponente es letrado); y d) ampliar la declaración en cualquier momento⁴⁴.

Estas garantías han sido desde siempre postuladas, tanto en el orden nacional, como en la jurisprudencia internacional de derechos humanos como requisitos imperativos, y su ausencia debería causar una nulidad irreparable⁴⁵.

6. Conclusiones

La aplicación de las garantías judiciales contempladas en el art. 8 CADH en el ámbito del procedimiento administrativo, de conformidad con la jurisprudencia de la COIDH⁴⁶, de insoslayable seguimiento para los poderes constituidos argentinos⁴⁷, incrementa la posibilidad de invocar vulneraciones al debido proceso adjetivo en el marco de la actividad que despliegan diversos órganos administrativos. Así lo hemos

⁴³ V. CSJN, 5 de septiembre de 1891, “*Charles Hermanos y don Antonio Borzone por contrabando, cohecho y falsificación; sobre excepción de falta de acción y desglose de papeles privados*”, Fallos 46:36; CSJN, 10 de diciembre de 1981, “*Recurso de hecho deducido por Luciano Bernardino Montenegro s/ robo*”, Fallos 303:1938; CSJN, 27 de noviembre de 1984, “*Recurso de hecho deducido por el abogado defensor en la causa Fiorentino, Diego Enrique s/ tenencia ilegítima de estupefacientes*”, Fallos 306:1752; CSJN, 13 de mayo de 1986, “*Rayford, Reginald; Baintrub, Alvaro Ezequiel*, Fallos 308:733; *Loubet, Alejandro Miguel C/ I consumo de estupefacientes; II y III suministro de estupefacientes*”, Fallos 308:733. En cuanto a los alcances de la regla de exclusión y su posible invocación por terceros entiende CARRIÓ que no sólo corresponde excluir las pruebas obtenidas en forma ilegal respecto de los propios titulares de la garantía sino también de otras personas que pudieran resultar comprometidas por aquella; la exclusión debe extenderse a todas aquellas pruebas que no hubieran podido ser obtenidas sin la violación de esa garantía constitucional y resultaren su consecuencia (v. CARRIÓ, Alejandro, *Garantías Constitucionales en el proceso penal*, Buenos Aires, Hammurabi, 6ª ed. actualizada y ampliada, p. 319 y ss.; v. también CSJN, 13 de mayo de 1986, “*Rayford, Reginald; Baintrub, Alvaro Ezequiel*”; Fallos 308:733; CSJN, 17 de septiembre de 1987, “*Ruiz Roque A. s/ hurtos reiterados*”; Fallos 310:1847; CSJN, 19 de noviembre de 1987, “*Recurso de hecho deducido por el abogado defensor de Graciela Cristina y Adrina Alcira Chein en la causa Francomano Alberto Daniel s/ infracción a la ley 20.840*”, Fallos 310:2402, mencionados por CARRIÓ.

⁴⁴ Sobre el derecho a la asistencia jurídica, a dejar de declarar en cualquier momento e incluso a un intérprete en el caso de que no exista en el deponente dominio del idioma del país, v. CEDH, 28 de abril de 2022, “*Wag c. Francia*”.

⁴⁵ V. Ref. debido anoticiamiento de la posibilidad de contar con asistencia letrada en el marco del procedimiento administrativo disciplinario, v. Dictámenes PTN 212:71 y 200:55, citados por COMADIRA, Fernando G. en *Derecho Administrativo Disciplinario*, editorial Cathedra Jurídica, Bs. As., 2022, p. 309; v. también Dictámenes PTN 304:394 y 166:244; asimismo, art. 51 del Reglamento de Investigaciones Administrativas, Decreto N.º 467/99, de aplicación analógica a los procedimientos perquisitivos que exceden su ámbito de predicación.

⁴⁶ V. COIDH, precedentes “*Baena, Ricardo*”; “*Ivcher Bronstein*”; “*Comunidad Indígena Sawhoyamaya*” y “*Claude Reyes*” entre otros, supra citados.

⁴⁷ V. CSJN in re “*Videla*”, Fallos 333:1657.

visto al colacionar algunos supuestos posibles de afectación del derecho de defensa perfilados por la jurisprudencia internacional de los derechos humanos, tanto de la COIDH como de la CEDH, que cabe reputar aplicables al procedimiento administrativo.

Ello revaloriza al procedimiento administrativo como una instancia de preservación de los derechos humanos⁴⁸ y viabiliza una efectiva tutela administrativa.

La dimensión sustancial de las formas en el aludido ámbito, impide subestimar su virtualidad axiológica en la determinación de los derechos que plasman los actos administrativos como expresión de la voluntad de la Administración.

Y nos permite entender la esencialidad del elemento “*forma*” del acto administrativo, que el propio texto legal proclama (v. art. 7, inc. d, LNPA) y cuya ausencia determina una nulidad insanable (art. 14, inc. b, LNPA). De tal suerte, la aludida esencialidad de las formas resulta explicada de un modo autónomo y autosuficiente por la propia dogmática del derecho administrativo, sin necesidad de reenvíos a circunstancias contingentes o variables, si bien ciertamente enriquecida por los aportes del derecho internacional de los derechos humanos. Decimos que se trata de una explicación “*autónoma*” porque si bien los elementos de un sistema jurídico se enlazan y vinculan según las relaciones y mandatos que establece una constitución positiva (en el sentido de *ius positum*), lo cierto es que las instituciones jurídicas, que en pureza, lo constituyen, ordenan y nutren, representan valores, ideas, principios, reglas, conductas, hechos, que son “*previos*” al texto positivo constitucional, incluso propios de “*depósitos culturales universales*” que en definitiva exceden las fronteras positivas de una constitución nacional, como lo demuestra hoy, en la evolución de la conciencia jurídica, el derecho internacional de los derechos humanos.

De otro lado, como corolario y dando razón al título de la presentación, cabe ratificar que las garantías de debido proceso y defensa en juicio, en su identidad sustancial, permiten trazar un paralelo entre la naturaleza de los procesos judiciales y los procedimientos administrativos, y, tender un puente hacia la unidad de la actuación de los Ministerios Públicos y los Cuerpos de abogados que representan al Estado, administrativa, judicial y extrajudicialmente.

⁴⁸ TREACY, Guillermo F., “Los principios supranacionales de derechos humanos en el procedimiento administrativo”, en Héctor POZZO GOWLAND, HALPERÍN David Andrés, AGUILAR VALDÉZ, Oscar, JUAN LIMA, Fernando y CANOSA, Armando (dirs.), *Procedimiento Administrativo*, T. I, LA LEY, Prov. de Bs. As., 2012, ps. 857 y ss.; v. en especial, ps. 898 a 899).

En ese contexto, y a modo de conclusión, queda expuesta la tesis en función de la cual todo profesional de la abogacía que desarrolle sus actividades en el ámbito del Estado, entendiendo que se trata de ámbitos, funciones y competencias dispares, con independencia y autonomía según el caso de que se trate, sin perjuicio del modelo de organización que se haya adoptado, integra en sentido amplio el Cuerpo de Abogados del Estado, y se caracteriza en esencia de igual manera.

Esto encuentra soporte en el principio de la unidad en la diversidad, y aporta decisivamente al cumplimiento de los fines estatales y el Bien Común, causa primera y final del accionar del Estado y todos sus integrantes.